



Roj: **STS 2344/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2344**

Id Cendoj: **28079130042021100211**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **10/06/2021**

Nº de Recurso: **5404/2018**

Nº de Resolución: **828/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1681/2018,**
ATS 12012/2020,
STS 2344/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 828/2021

Fecha de sentencia: 10/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5404/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/06/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 5404/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 828/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a. Celsa Pico Lorenzo



D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 10 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-5404/2018, interpuesto por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud representado por el procurador don José Luis Martín Jaureguibeitia contra la sentencia 230/2018, de fecha 11 de mayo, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, con sede en Bilbao, que estimó el recurso de apelación núm. 149/2018 interpuesto por la representación procesal de doña Aurelia , contra la sentencia de 15 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de los de Bilbao, en el procedimiento abreviado nº 20/2017.

Ha sido parte recurrida doña Aurelia , representada por el procurador de los Tribunales D. Pablo José Trujillo Castellano.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso de apelación número 149/2018, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia el 11 de mayo de 2018, cuyo fallo dice literalmente:

"Con estimación del recurso de apelación 149/2018, interpuesto por la representación procesal de doña Aurelia contra la *sentencia 256/2017, de quince de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6 de los de Bilbao* en el procedimiento abreviado 20/2017 , debemos:

1º.- Revocar la sentencia de instancia, dejando sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso administrativo.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación procesal de doña Aurelia contra la resolución 1.507/2016, de veintitrés de noviembre, de Osakidetza Servicio Vasco de Salud, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud que realizó para percibir el complemento de turnicidad.

3º.- Declarar el derecho de doña Aurelia a percibir el complemento de turnicidad, desde noviembre de 2014, con los intereses legales a contar desde la fecha de reclamación en la vía administrativa (trece de abril de 2016).

4º.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias."

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud recurso de casación, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tuvo por preparado mediante Auto de 16 de julio de 2018 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 26 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" **Primero.-** Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Osakidetza, Servicio Vasco de Salud contra la sentencia de 11 de mayo de 2018, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el recurso de apelación 149/2018.

Segundo.- Precisar que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes:

Cuál debe ser la interpretación del artículo 46.2 h) "trabajo por turnos" de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, a los efectos de percibir el correspondiente complemento, en el caso de prestarse servicios de mañana y tarde; y, si esa interpretación del régimen de trabajo permite que, para percibir ese complemento, solo sea necesario que en un período de días alternos se realice el trabajo en distinto régimen horario o, por el contrario, exige también la organización del trabajo en grupos, esto es, varios empleados que atiendan sucesivamente el mismo puesto.



Tercero.- Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el citado artículo 46.2 h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

Cuarto.- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

CUARTO.- Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 16 de diciembre de 2020, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud por escrito de fecha 12 de enero de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "se dicte Sentencia estimatoria del recurso de casación presentado por esta parte, revocando la Sentencia recurrida y dictando otra por la que se desestimen las pretensiones de la contraparte al no constituir su forma de trabajo un supuesto de trabajo a turnos, ni, en su caso, un supuesto de turno rotatorio. "

QUINTO.- Por providencia de 10 de febrero de 2021, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectuó la representación procesal de doña Aurelia en escrito de 24 de marzo de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO: "se dicte en su día Sentencia por la que, con carácter principal, se inadmite el Recurso de Casación interpuesto y, subsidiariamente, se desestime el mismo y se confirme íntegramente la Sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente. "

SEXTO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 26 de abril de 2021, se señala este recurso para votación y fallo el día 8 de junio de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto, y se designó Magistrada Ponente a la Excm. Sra. D^a. Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Planteamiento del recurso y sentencias de instancia.*

La representación procesal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud interpone recurso de casación 5404/2018 contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 2018, estimatoria del recurso de apelación núm. 149/2018, deducido por doña Aurelia ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que revocó la sentencia desestimatoria dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 20/2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao contra la desestimación presunta del recurso de alzada deducido contra la desestimación el 22 de septiembre de 2016, de la solicitud presentada el 13 de abril de 2016, para percibir el complemento de turnicidad en razón de trabajar como Matrona los lunes y martes de 8 a 15 horas y los miércoles, jueves y viernes de 13 a 20 horas.

La sentencia de la Sala, tras exponer en los fundamentos PRIMERO a TERCERO lo esencial de la sentencia apelada más el planteamiento de las partes, pone de manifiesto en el CUARTO que la cuestión ha sido examinada por la Sala en sentencias precedentes entre las que menciona la núm. 642/2017, de 7 de noviembre. Dicha sentencia ha sido revocada por este Tribunal por Sentencia de 21 de julio de 2020, siendo, justamente, una de las mencionadas en el ATS de 26 de noviembre de 2020, que reflejamos a continuación.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao, dictada en el recurso contencioso-administrativo 20/2017 había entendido que el complemento reclamado se percibe si el puesto de trabajo es servido sucesivamente por más de un facultativo de modo que, tras finalizar el primero su jornada, entre otro a servirlo mas no cuando el puesto de trabajo solo es servido por el trabajador reclamante como aquí acontece.

SEGUNDO .- La cuestión sometida a interés casacional en el ATS de 26 de noviembre de 2020 .

Tras exponer que sobre la materia se han dictado las SSTS de 21 de julio y 1 de octubre de 2020 (recursos de casación 800/2018 y 5699/2018) precisa que la cuestión es la siguiente:

" *Cuál debe ser la interpretación del artículo 46.2 h) "trabajo por turnos" de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, a los efectos de percibir el correspondiente complemento, en el caso de prestarse servicios de mañana y tarde; y, si esa interpretación del régimen de trabajo permite que, para percibir ese complemento, solo sea necesario que en un período de días alternos se realice el*



trabajo en distinto régimen horario o, por el contrario, exige también la organización del trabajo en grupos, esto es, varios empleados que atiendan sucesivamente el mismo puesto.

Identifica como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el citado artículo 46.2 h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso."

TERCERO.- *El recurso de casación y la oposición de la parte recurrida. Improcedencia de declarar la inadmisión del recurso de casación.*

1. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud tras prolijas argumentaciones expone que existe jurisprudencia sobre la cuestión referida a facultativos pero que es extrapolable a la matrona demandante en instancia.

2. La Sra. Aurelia Interesa la inadmisión del recurso con mención de las SSTS de 21 de julio de 2020 y de 1 de octubre de 2020, por carencia de interés casacional al existir jurisprudencia sobre la materia.

No procede declarar la inadmisión del recurso de casación por la existencia de sentencias anteriores fijando jurisprudencia, conforme al art. 90.4 d) de la LJCA.

Ciertamente han sido resueltas las cuestiones suscitadas en este recurso por las sentencias reflejadas en el Auto de admisión mas el fallo de la sentencia recurrida no será el mismo, por lo que entra en juego el efecto útil de la casación y la igualdad en la aplicación de la ley vinculada a la seguridad jurídica.

Y como recordó la STS de 18 de enero de 2021 (recurso de casación 2278/2018) " *el previo pronunciamiento por sentencia sobre la cuestión de interés casacional determinante de la admisión a trámite de un recurso de casación que sostiene una posición contraria a la decidida por la Sala no le convierte en inadmisibile, sin perjuicio de que normalmente su suerte venga ya establecida por el criterio sentado previamente.*"

CUARTO.- *Los preceptos objeto de interpretación: el artículo 46.2.h) del EMPESS y el artículo 106 del acuerdo regulador.*

1. La sentencia impugnada en casación entiende que el litigio se centra en la interpretación del artículo 46.2.h) del EMPESS:

" *h) Trabajo por turnos: toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o de semanas.*"

2. Por su parte el artículo 106 del Acuerdo Regulador prevé lo siguiente bajo el epígrafe "Complemento de Turnicidad":

" *El personal que preste sus servicios en régimen de turno rotatorio percibirá el Complemento de Turnicidad fijado en el Anexo III.3.*

Este complemento retribuye la realización de distintos turnos de trabajo con carácter habitual."

QUINTO.- *Como indica el ATS de 26 de noviembre de 2020 , existen precedentes de esta Sala fijando jurisprudencia. Así las SSTS de 21 de julio de 2020 y 1 de octubre de 2020 .*

En efecto, en las sentencias que señala el Auto de 26 de noviembre de 2020, y mencionan ambas partes, es idéntico el reparto horario y sólo se diferencian por los días de la semana y distinta categoría dentro del personal estatutario, facultativo en los precedentes, matrona en el presente.

Por ello, reproducimos el fundamento Sexto de la inicial sentencia de 21 de julio de 2020:

" **SEXO.-** *El juicio de la Sala.*

" *El caso que se plantea se refiere al abono del complemento de turnicidad a personal estatutario que desempeña plaza de facultativa médico, en lo relativo al desarrollo de su jornada ordinaria de trabajo, que cumple de 13 a 20 horas de lunes a jueves y de 8 a 15 horas los viernes, y se trata de un puesto de trabajo respecto al que "[...] no existe equipo de personas que ocupen sucesivamente el mismo puesto de trabajo [...]", como hace ver el fundamento segundo de la sentencia de instancia y en el mismo sentido la de apelación.*

" *Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al que examinó la STJUE de 3 de octubre de 2000, en el caso C-303/98 , que en relación a la anterior Directiva 93/104, que recogía sin alteraciones lo que sobre el régimen de trabajo a turnos establece la actual directiva 2003/88, dispuso que "[...] El trabajo realizado por los médicos de Equipos de Atención Primaria durante el tiempo dedicado a atención continuada constituye un trabajo por turnos y dichos médicos son trabajadores por turnos en el sentido del artículo 2, puntos 5 y 6, de la Directiva 93/104 ". Dicho*



trabajo de atención continuada se presta en un régimen sustancialmente diferente al de jornada ordinaria a que se refiere la pretensión de la actora, ya que en aquel el régimen de trabajo es cíclico (cada 11 días) se desarrolla en un régimen que reúne todas las características propias del trabajo a turnos, ya que como señala la citada sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2000, implica "[...] un método de organización del trabajo según el cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo rotatorio, que implica para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo a distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas".

"En el caso de la jornada ordinaria que realiza la actora, que es respecto a la que se reconoce el régimen de turnicidad en la sentencia recurrida, no existe ritmo rotatorio, ya que de aplicar el sentido que otorga la sentencia recurrida, sería rotatorio a estos efectos todo aquello que sigue una secuencia temporal, y obviamente cualquier jornada de trabajo está sujeta a un ritmo repetitivo en los sucesivos días, de manera que no es este el sentido que cabe atribuir a la expresión "rotatorio". Es consustancial al concepto de rotatorio la idea de que distintos trabajadores, sea formando equipos que se turnan, o individualmente, atienden una misma necesidad funcional del puesto de trabajo o equipo de puestos de trabajo, y que además implica, por la secuencia rotatoria del turno, que los trabajadores deban cumplir su jornada de trabajo en distintos horarios según la secuencia rotatoria con la que van turnando. En este mismo sentido puede verse la sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, de fecha 13 de febrero de 2006 (rec. cas. para la unificación de doctrina 4687/2004-ES:TS:2006:803), que concluye, también en relación a un litigio sobre cumplimiento de jornada en su servicio médico que un "[...] turno específico que es el anteriormente reflejado, de 17 a 9 horas los días laborables y de 21 a 9 los domingos y festivos [...] no está comprendido entre los afectados por el "turno rotatorio (mañana, tarde y noche)" al que se refiere el Acuerdo de 27 de Diciembre de 1999, pues la expresión gramatical del precepto es clara y no permite abrigar dudas, de tal suerte que lo procedente es llevar a cabo su interpretación literal (arts. 3.1 y 1281, párrafo primero del Código Civil), sin necesidad de acudir a los demás medios hermenéuticos".

2. Con base en tal razonamiento, la sentencia que se cita fijó la siguiente doctrina jurisprudencial aplicable al caso:

"La doctrina jurisprudencial que fijamos es que la interpretación del complemento de trabajo por turnicidad debe tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 46.2.h) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, sobre trabajo por turnos, en relación al art. 2.5) de la Directiva 103/94 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo por turnos. Por consiguiente, el trabajo a turnos implica, desde el punto de vista de la prestación de los trabajadores, la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas como consecuencia de la organización del trabajo en grupos, esto es, varios empleados -puede ser uno o varios en cada turno- que atiendan sucesivamente el mismo puesto."

3. Finalmente, al amparo del artículo 93.1 la sentencia resolvió sobre las pretensiones de las partes en estos términos, también aplicables al caso:

"Como consecuencia de todo lo expuesto, procede estimar el recurso de casación y anular la sentencia recurrida, al haber infringido el art. 46.2.h) de la Ley 5/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, en relación con el art. art. 2.5) de la Directiva 103/94 del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo por turnos, y el art. 106 del Decreto Autonómico 235/2007, del Consejo de Gobierno del País Vasco, por el que se aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza. Debemos revocar la sentencia recurrida, y confirmar el criterio de la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 6 de Bilbao, al ser conforme con la interpretación y aplicación de las normas que hemos fijado de la doctrina jurisprudencial establecida."

Lo anterior es perfectamente extrapolable al caso de autos en que también procede la estimación del recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida y la subsiguiente desestimación del recurso de apelación.

SEXTO.- Costas.

1. Respecto a las costas del recurso de casación, no apreciamos temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, por lo que cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA.

2. En cuanto a las de la apelación, no hacemos imposición de las mismas.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Se estima el recurso de casación 5404/2018 interpuesto por la representación procesal de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, contra la sentencia 230/2018, de 11 de mayo, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimatoria del recurso de apelación núm. 149/2018, sentencia que se casa y anula.

SEGUNDO.- Se desestima el recurso de apelación promovido por doña Aurelia , contra la sentencia desestimatoria de 15 de noviembre del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Bilbao, dictada en el procedimiento abreviado nº 20/2017, sentencia que se confirma.

TERCERO.- Se fija como doctrina la reflejada en el penúltimo fundamento, apartado 2.

CUARTO.- En cuanto a las costas del recurso de casación y de las causadas en la apelación, estése a los dicho en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ